

## Nr. 2 2Houses/Stemra ('Verliefd op Ibiza')

Rechtbank Noord-Holland 26 november 2014  
zaaknummer / rolnummer: C/15/207770 / HA ZA 13-523  
(mrs. Th.S. Röell, J.I. de Vreese-Rood en A.J. van der Meer)

### Opzettelijk gebruik van vijf seconden uit muziekwerk in film geen incidentele verwerking.

(Art. 18a Auteurswet en art. 5 lid 3 sub i Auteursrechttrichtlijn)

Vonnis in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid 2Houses BV, gevestigd te Amsterdam, eiseres, advocaat mr. drs. I.M.C.A. Reinders Folmer te Amsterdam,

tegen

de stichting Stichting Stemra, gevestigd te Hoofddorp, gedaagde, advocaat mr. J.M.B. Seignette te Amsterdam.

## 2 De feiten

2.1. 2Houses is een onderneming die zich onder meer bezig houdt met het produceren, financieren en exploiteren van speelfilms. Zij is de producent van en bezit de rechten op de speelfilm *Verliefd op Ibiza* (hierna: de speelfilm).

2.2. Stemra is een stichting die zich ten doel stelt zowel de materiële als de immateriële belangen van auteurs en hun rechtverkrigenden, uitgevers en uitgeversbedrijven te bevorderen, zonder winst oogmerk voor zichzelf.

2.3. In het script voor de speelfilm komt de volgende scène voor:

[...]

100. INT. APPARTEMENT JACKY EN IRMA – DAG

Jacky komt binnen in het appartement. Ze hoort gegiechel. Dan schiet de badkamerdeur open. Irma rent in een strak jurkje giechelend de badkamer uit, de slaapkamer in.

IRMA

"Vous permettez, monsieur.."

Na even verschijnt Lars naakt en onder schuim of groene shampoo en met een groene badmuts op en groene flippers aan uit de badkamer en doet een soort van hulkerig zeemonster na.

LARS

"Et les chantez la ballade, la ballade des gents heureux..."

Hij staat stil en ziet Jacky.

[...]

2.4. In de 56e minuut van de speelfilm zingt één van de hoofdrolspelers, Jim Bakkum, die het personage Lars speelt, gedurende vijf seconden de volgende strofe:

[...]

(Eja)[onverstaanbaar, Rb] chanter la ballade  
La ballade des gens...

[...]

2.5. Het lied *La ballade de gens heureux* (hierna: het muzieknummer) is geschreven door van Gérard Lenorman en Pierre Delanoë (hierna: de auteurs). De tekst van het muzieknummer luidt:

Notre vieille terre est une étoile  
Où toi aussi tu brilles un peu  
Je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux  
je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux

Tu n'as pas de titre ni de grade  
Mais tu dis «tu» quand tu parles à Dieu  
Je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux  
je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux

Journaliste, pour ta première page  
tu peux écrire tout ce que tu veux,  
Je t'offre un titre formidable,  
la ballade des gens heureux  
Je t'offre un titre formidable,  
la ballade des gens heureux

Toi, qui as planté un arbre  
dans ton petit jardin de banlieue,  
Je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux  
je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux

Il s'endort, tu le regardes  
c'est un enfant il te ressemble un peu,  
Je viens lui chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux  
Je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux

Toi la star, du haut de ta vague  
descends vers nous, tu nous verras mieux  
Je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux  
je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux

Roi de la drague et de la rigolade

roule-flambeur ou gentil petit vieux,  
Je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux  
je viens te chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux

Comme un chœur dans une cathédrale  
comme un oiseau qui fait ce qu'il peut,  
Tu viens de chanter la ballade,  
la ballade des gens heureux".

2.6. Rechthebbenden op het muzieknummer zijn de auteurs, alsmede Warner/Chappell Music en Intersong (hierna gezamenlijk: de rechthebbenden). De rechthebbenden hebben hun auteursrechten ter exploitatie en handhaving overgedragen aan Stemra.

2.7. De speelfilm is op 31 januari 2013 in de bioscoop in première gegaan. 2Houses heeft voorafgaand aan het uitbrengen van de speelfilm geen toestemming gevraagd aan of verkregen van Stemra voor het gebruik van (een deel van) het muzieknummer in de speelfilm.

2.8. Bij brief en e-mail van 19 april 2013 heeft Stemra onder meer het volgende geschreven aan de (gedelegeerd) producent van de speelfilm:

[...]

Via mevrouw [...] hebben wij recentelijk vernomen dat in de door uw geproduceerde audiovisuele filmproductie "Verliefd op Ibiza" gebruik wordt gemaakt van het muziekwerk "La Ballade de gens heureux"(rechthebbenden Lenorman/Delanoë/Intersong/Warner).

De rechthebbenden op dit muziekwerk zijn aangesloten bij Buma/Stemra en hebben derhalve alle (muziek)auteursrechten gelegen in hun werken ter exploitatie en handhaving aan Buma/Stemra overgedragen.

Zoals u wellicht weet, dient voor mechanische reproducties (waaronder eerste vastleggingen) van het door Stemra beheerde (wereld)muziek-repertoire, de voorafgaande separate schriftelijke toestemming van Stemra te worden verkregen. De bovengenoemde toestemming is echter niet vooraf aan [producent] & Co B.V. (hierna: "[producent]") verleend noch door haar verkregen.

In tegenstelling tot wat u beweert, wens ik te benadrukken dat van enig geldig beroep op artikel 18a Auteurswet geen sprake kan zijn. In onderhavig geval is immers geen sprake van incidenteel gebruik, waarbij gebruik van het betreffende muziekwerk een (zeer) ondergeschikte in de filmproductie heeft. Integendeel, in de filmproductie heeft de producent juist bewust gekozen voor gebruik van het bovengenoemd muziekwerk en is zeker geen sprake van min of meer toevallig gebruik.

[...]

2.9. Op 22 mei 2013 heeft Stemra een factuur gezonden aan 2Houses voor het gebruik van het muzieknummer in de speelfilm voor een bedrag van € 2.500,- exclusief BTW.

2.10. Bij brief en e-mail van 4 juni 2013 heeft Stemra onder meer het volgende geschreven aan de (gedelegeerd) producent van de speelfilm:

[...]

Onlangs heb ik nogmaals contact opgenomen met de betreffende rechthebbenden (en mijn contactpersoon mevrouw [...] van Warner Chapell Music). Uit nader overleg is gebleken dat rechthebbenden bereid zijn om – geheel onverplicht en om hen moverende redenen – de eerder door hen vereiste auteursrechtelijke vergoeding voor mechanische reproducties (eerste vastlegging) van bovengenoemd muziekwerk, waarvoor Stemra u reeds op 22 mei jl. een factuur (factuurnummer 30900870) heeft toegestuurd, naar beneden aan te passen.

[...]

Ik wens te benadrukken dat de bovengenoemde vergoeding enkel ziet op gebruik van bovengenoemd muziekwerk onder de bovengenoemde voorwaarden. Indien sprake is van enig ander (toekomstig) gebruik van bovengenoemd muziekwerk, zal 2Houses B.V. hiervoor wederom de voorafgaande schriftelijke toestemming van Stemra dienen te verkrijgen.

[...]

2.11. Op 13 juni 2013 heeft Stemra de in 2.7 bedoelde factuur gecrediteerd en een nieuwe factuur gezonden aan 2Houses voor het gebruik van het muzieknummer in de speelfilm voor een bedrag van € 1.000,- exclusief BTW.

2.12. 2Houses heeft de in 2.9 bedoelde factuur niet betaald.

### 3 Het geschil

3.1. 2Houses vordert – na wijziging van eis – om bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren vonnis:

- voor recht te verklaren dat eiseres door het gebruik van enkele, althans vijf, seconden van het muzieknummer "La ballade des gens heureux",

waarvan de (exploitatie)rechten berusten bij Stemra, in de speelfilm "Verliefd op Ibiza", geen inbreuk heeft gemaakt op het auteursrecht van de rechthebbenden, aangezien er sprake is van een incidentele verwerking in de zin van artikel 18a Auteurswet, dan wel, subsidiair, aangezien handhaving van het auteursrecht hier in strijd is met artikel 10 EVRM;

- gedaagde te veroordelen in de kosten van dit geding ex art. 1019h Rv, welke kosten nader zullen worden begroot, dan wel een zodanig door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag (zogeheten nakosten daaronder uitdrukkelijk begrepen) te vermeerderen met wettelijke rente vanaf de vijftiende dag na vonnis tot aan de dag der algehele voldoening.

3.2. Aan haar vordering legt 2Houses – samengevat – ten grondslag dat het gebruik van het muzieknummer in de speelfilm 'incidentele verwerking' van een auteursrechtelijk beschermd werk van ondergeschikte betekenis in de zin van artikel 18a van de Auteurswet (Aw) betreft. Het minimale gebruik van het fragment van het muzieknummer vergroot de waarde van de speelfilm niet. Ook heeft 2Houses geen commercieel belang bij het gebruik van het muzieknummer. Het gebruik van het muzieknummer in de speelfilm is als zodanig dan ook geoorloofd, aldus 2Houses.

3.3. Stemra voert verweer. Daartoe voert zij – kort gezegd – het volgende aan. Vastlegging van het muzieknummer in de speelfilm een verveelvoudiging in de zin van de Auteurswet oplevert, waarvoor een licentie bij Stemra kan en moet worden verkregen. Van incidentele verwerking in de zin van artikel 18a Aw is geen sprake, aangezien het fragment van de speelfilm waarin het muzieknummer wordt gezongen is 'gescript', waarmee het onderdeel van het verhaal is. Het muzieknummer is bewust geselecteerd om bij te dragen aan de verhaallijn en daarmee de speelfilm. Het muzieknummer wordt daarbij door de hoofdrolspeler gezongen, zodat het expliciet onderdeel van de scène is. Het gekozen fragment bestaat daarnaast uit een zinsnede die in nagenoeg alle coupletten van het lied voorkomt. Het doelbewust selecteren van (dit fragment van) het muzieknummer en het opnemen hiervan in een nieuw werk, is per definitie niet 'ondergeschikt'. Bovendien is het bewuste fragment van de speelfilm waarin het muzieknummer wordt gezongen ook opgenomen in de trailer van de speelfilm, waarmee het wervende karakter van de betreffende scène wordt onderstreept. Het gebruik van het muzieknummer is daarnaast in strijd met de ratio van de exceptie van artikel 18a Aw. Tot slot wordt artikel 10 EVRM niet geschonden, omdat (1) de vrijheid van meningsuiting niet wordt geblokkeerd doordat Stemra aanspraak maakt op betaling van een licentievergoeding en (2) van een dringende noodzaak om dit fragment zonder vergoeding te gebruiken geen sprake is, aldus nog steeds Stemra.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

### 4 De beoordeling

4.1. Stemra heeft bezwaar gemaakt tegen de formulering van de eerste eis van 2Houses en de wijziging daarvan, omdat deze te onbepaald zou zijn. Om die reden heeft Stemra voor alle weren geconcludeerd tot niet-ontvankelijkheid van 2Houses. De rechtbank overweegt daarover als volgt.

4.2. Naar het oordeel van de rechtbank is met de gebezigde formulering voldoende duidelijk dat de vordering uitsluitend ziet op het gebruik door 2Houses van enkele ("althans 5") seconden van *dít* muzieknummer in *déze* speelfilm en niet – zoals Stemra betoogt – tevens op gebruik van andere korte muziekfragmenten in deze of andere film(s). Zowel de vordering als de wijziging daarvan zijn daarmee voldoende bepaald en derhalve niet in strijd met de eisen van een goede procesorde, zodat het bezwaar tegen de wijziging van eis ongegrond wordt verklaard. Dat brengt met zich

dat het niet-ontvankelijkheidsverweer faalt en de rechtbank zal overgaan tot inhoudelijke beoordeling van het geschil.

4.3. Gelet op hun verschil van inzicht omtrent het begrip “incidentele verwerking” in de zin van artikel 18a Aw, in samenhang met richtlijn 2001/29/EG van het Europees Parlement en de Raad betreffende de harmonisatie van bepaalde aspecten van het auteursrecht en de naburige rechten in de informatiemaatschappij (hierna: de Richtlijn), heeft de rechtbank partijen ter comparatie verzocht zich uit te laten over de noodzakelijkheid c.q. wenselijkheid van prejudiciële vragen aan het Hof van Justitie van de EU (hierna: HvJEU).

4.4. Bij conclusie van repliek heeft 2Houses daaromtrent – samengevat – geconcludeerd dat de term ‘incidentele verwerking’ in de zin van artikel 18a Aw op grond van de Richtlijn een unierechtelijk begrip is dat volgens haar autonoom en uniform moet worden uitgelegd. Het staat de Nederlandse wetgever volgens 2Houses dan ook niet vrij een eigen invulling aan artikel 5 lid 3 sub i Richtlijn te geven. De woorden ‘van ondergeschikte betekenis’ in artikel 18a Aw moeten worden gezien als een beoordelingskader voor het begrip ‘incidentele verwerking’. De omvang van het gebruik maakt daarbij niet direct uit, zolang het gebruik maar incidenteel is. Volgens de Richtlijn is bovendien geen vereiste dat het verwerkte werk om niet-commerciële redenen in het hoofdwerk is verwerkt. Voor de beantwoording van het onderhavige geschil hoeft dan ook, aldus nog steeds 2Houses, slechts aan het HvJEU gevraagd te worden of een bewuste keuze om een werk te verwerken in een ander werk wel of niet valt onder het begrip incidentele verwerking. Daarnaast heeft 2Houses nog een aantal aanvullende prejudiciële vragen voorgesteld.

4.5. Bij conclusie van dupliek heeft Stemra – kort gezegd – het volgende aangevoerd. De exceptie van artikel 5 lid 3 sub i van de Richtlijn is facultatief, zodat lidstaten vrij zijn om te bepalen of ze die exceptie implementeren en hoe ze dat doen, mits daarbij wordt voldaan aan de driestappentoets. Van een autonoom unierechtelijk begrip is geen sprake. Het in overweging 31 van de Richtlijn verwoorde subsidiariteitsbeginsel brengt bovendien met zich dat harmonisatie van beperkingen niet verder gaat dan nodig is voor een goed functioneren van de interne markt. Aangezien de in artikel 18a Aw geïmplementeerde exceptie geen impact heeft op (het goed functioneren van) de interne markt, hoeft in het onderhavige geval ook niet geharmoniseerd te worden. Maar ook als ‘incidentele verwerking’ wel een autonoom unierechtelijk begrip zou zijn, valt opzettelijk gebruik van muziek in een speelfilm – ook volgens het recht van andere lidstaten – niet onder de exceptie. Er is volgens Stemra dus ook geen aanleiding om prejudiciële vragen aan het HvJEU te stellen. Daarnaast heeft Stemra bezwaar gemaakt tegen de ruime vraagstelling door 2Houses en heeft zij – subsidiair – zelf ook een aantal prejudiciële vragen voorgesteld.

4.6. De rechtbank overweegt als volgt.

4.7. In de preambule van de Richtlijn is – voor zover voor het onderhavige geschil van belang – onder meer het volgende opgenomen:

(1) Het Verdrag voorziet in de totstandbrenging van een interne markt en in de invoering van een regeling waardoor wordt verzekerd dat de mededinging binnen de interne markt niet wordt vervalst. De harmonisatie van de wetgeving van de lidstaten inzake het auteursrecht en de naburige rechten draagt bij tot het bereiken van deze doelstellingen.

[...]

(7) De communautaire rechtsregels inzake de bescherming van het auteursrecht en de naburige rechten moeten bijgevolg eveneens worden aangepast en aangevuld, voorzover dit voor de goede werking van de interne markt noodzakelijk is. Te dien einde moeten die nationale

bepalingen inzake het auteursrecht en de naburige rechten welke tussen de lidstaten aanzienlijk verschillen of welke rechtsonzekerheid veroorzaken, waardoor de goede werking van de interne markt en de adequate ontwikkeling van de informatiemaatschappij in Europa worden belemmerd, worden bijgesteld en moeten inconsistente nationale reacties op de technische ontwikkelingen worden voorkomen, terwijl verschillen die de werking van de interne markt niet ongunstig beïnvloeden, niet opgeheven of voorkomen behoeven te worden.

[...]

(31) Er moet een rechtvaardig evenwicht van rechten en belangen worden gewaarborgd tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en tussen de verschillende categorieën rechthebbenden en gebruikers van beschermd materiaal. De in de lidstaten geldende beperkingen en restricties op de rechten moeten opnieuw worden bezien in het licht van de nieuwe elektronische omgeving. De huidige verschillen in beperkingen en restricties op bepaalde aan toestemming onderworpen handelingen hebben directe negatieve gevolgen voor de werking van de interne markt op het gebied van het auteursrecht en de naburige rechten. Deze verschillen zullen ten gevolge van de verdere ontwikkeling van grensoverschrijdende exploitatie van werken en grensoverschrijdende activiteiten wellicht nog belangrijker worden. Met het oog op de goede werking van de interne markt moet meer eenheid in de omschrijving van dergelijke beperkingen en restricties worden gebracht. De mate waarin dergelijke beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt.

[...]

(44) Gebruik van de bij deze richtlijn bepaalde beperkingen of restricties dient te geschieden in overeenstemming met de terzake geldende internationale verplichtingen. Dergelijke beperkingen en restricties mogen niet op zodanige wijze worden toegepast dat de wettige belangen van de rechthebbende worden geschaad of afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van zijn werk of andere zaak. De lidstaten moeten, wanneer zij in dergelijke beperkingen of restricties voorzien, daarbij met name naar behoren rekening houden met de sterkere economische uitwerking welke die beperkingen of restricties in de nieuwe elektronische omgeving kunnen hebben. Bijgevolg zal het toepassingsgebied van bepaalde beperkingen of restricties nog beperkter dienen te zijn, wanneer het gaat om bepaalde nieuwe vormen van gebruik van door het auteursrecht beschermde werken en ander materiaal.

[...]

4.8. In de Richtlijn zelf is – voor zover voor het onderhavige geschil van belang – onder meer het volgende opgenomen:

Artikel 5

**Beperkingen en restricties**

[...]

3. De lidstaten kunnen beperkingen of restricties op de in de artikelen 2 en 3 bedoelde rechten stellen ten aanzien van:

[...]

i) het incidentele verwerken van een werk of materiaal in ander materiaal;

[...]

5. De in de leden 1, 2, 3 en 4 bedoelde beperkingen en restricties mogen slechts in bepaalde bijzondere gevallen worden toegepast mits daarbij geen afbreuk wordt gedaan aan de normale exploitatie van werken of ander materiaal en de wettige belangen van de rechthebbende niet onredelijk worden geschaad.

[...]

4.9. Nederland heeft gebruik gemaakt van de mogelijkheid om een nadere (facultatieve) beperking op het auteursrecht in te voeren. De in bovenstaand citaat bedoelde restrictie is in de Auteurswet geïmplementeerd in artikel 18a Aw, welk artikel als volgt luidt:

*Als inbreuk op het auteursrecht op een werk van letterkunde, wetenschap of kunst wordt niet beschouwd de incidentele verwerking ervan als onderdeel van ondergeschikte betekenis in een ander werk.*

4.10. De vraag die allereerst beantwoord dient te worden, is of voor de uitleg van het begrip ‘incidentele verwerking’ als bedoeld in artikel 18a Aw de Auteurswet dan wel de Richtlijn tot uitgangspunt genomen dient te worden. De rechtbank overweegt daarover als volgt.

4.11. Volgens vaste rechtspraak van het HvJEU, vereisen de eenvoudige toepassing van het unierecht en het gelijkheidsbeginsel dat de bewoordingen van een bepaling van unierecht die voor de betekenis en de draagwijdte ervan niet uitdrukkelijk naar het recht van de lidstaten verwijst, normaliter in de gehele Europese Unie autonoom en uniform worden uitgelegd, rekening houdend met de context van de bepaling en het doel van de betrokken regeling (HvJ EU 21 oktober 2010, C-468/08 (Padawan) en HvJEU 3 september 2014, C-201/13 (Deckmyn)). In voormelde arresten wordt vervolgens vastgesteld dat een uitleg volgens welke het de lidstaten die de in het betreffende arrest aan de orde zijnde beperking hebben ingevoerd, vrij zou staan om de parameters ervan op een niet-geharmoniseerde en mogelijkerwijze van lidstaat tot lidstaat verschillende wijze nader in te vullen, zou indruisen tegen het doel van de Richtlijn. In het arrest van 10 april 2014, C-435/12 (ACI/Thuiskopie), overweegt het HvJEU dat het de lidstaten vrij staat om de verschillende uitzonderingen waarin artikel 5 van de Richtlijn voorziet al dan niet in te voeren, maar dat de lidstaten, wanneer zij eenmaal hebben besloten een bepaalde uitzondering in te stellen, deze coherent dienen toe te passen, zodat die uitzondering geen afbreuk doet aan de met de Richtlijn nagestreefde doelstellingen, bestaande in het verzekeren van de goede werking van de interne markt.

4.12. De rechtbank maakt hieruit op dat het voor de beantwoording van de vraag of een begrip autonoom en uniform moet worden uitgelegd van belang is of de bewoordingen van de bepaling waarin dat begrip is opgenomen uitdrukkelijk verwijzen naar het recht van de lidstaten en of de bepaling waarin dat begrip is opgenomen afbreuk kan doen aan het doel van de Richtlijn, bestaande in het verzekeren van de goede werking van de interne markt. Dit laatste is in overeenstemming met overweging 31 van de preambule van de Richtlijn, waarin is overwogen dat de mate waarin beperkingen en restricties worden geharmoniseerd, moet worden bepaald aan de hand van de gevolgen ervan voor de goede werking van de interne markt.

4.13. Dat artikel 5 lid 3 sub i van de Richtlijn niet uitdrukkelijk verwijst naar het nationale recht van de lidstaten, is een aanwijzing dat het begrip “incidentele verwerking” een autonoom unierechtelijk begrip is dat uniform moet worden uitgelegd.

4.14. Stembra betoogt dat het begrip “incidentele verwerking” desalniettemin niet uniform hoeft te worden uitgelegd, omdat de interne markt nauwelijks door deze beperking wordt beïnvloed. Ter onderbouwing van dit standpunt wijst zij op de “Study on the implementation and effect in member states’ laws of Directive 2001/29/EC on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society” van de Amsterdam Law School en het Institute for Information Law van februari 2007, en op een rapport van de Europese Commissie van 30 november 2007 (SEC (2007) 1556, (“Commission Staff Working Document, Report to the Council, The European Parliament and the Economic and Social committee on the application of Directive 2001/29/EC

on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society”). In eerstgenoemd stuk wordt de beperking ter zake van incidentele verwerking genoemd als één van de beperkingen die duidelijk een de-minimis karakter heeft en waarvan onwaarschijnlijk is dat deze relevant zijn voor de ontwikkeling van online business modellen en de werking van de interne markt. In het tweede stuk wordt een aantal beperkingen genoemd waarvan waarschijnlijk is dat deze de grootste impact hebben op (de ontwikkeling van) de digitale markt. De beperking betreffende incidentele verwerking maakt daar geen onderdeel van uit.

4.15. De rechtbank is van oordeel dat op grond van deze stukken kan worden geconcludeerd dat een uitleg volgens welke het de lidstaten die de beperking van artikel 5 lid 3 sub i Richtlijn hebben ingevoerd, vrij zou staan om de parameters ervan op een niet-geharmoniseerde en mogelijkerwijze van lidstaat tot lidstaat verschillende wijze nader in te vullen, niet zou indruisen tegen het doel van de richtlijn. Met Stembra is de rechtbank dan ook van oordeel dat het begrip “incidentele verwerking” in artikel 5 lid 3 sub i van de Richtlijn geen autonoom unierechtelijk begrip is. Dat brengt met zich dat de Nederlandse wetgever, alsmede de Nederlandse rechter, een ruime (eigen) beoordelingsmarge toekomt. Voor het stellen van prejudiciële vragen ziet de rechtbank daarom geen aanleiding.

4.16. Voor de uitleg van het begrip ‘incidentele verwerking’ en het begrip ‘van ondergeschikte betekenis’, dient (de totstandkoming van) artikel 18a Aw tot uitgangspunt genomen te worden. In de parlementaire geschiedenis bij voornoemd artikel is onder meer het volgende opgenomen:

**Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel Aanpassing van de Auteurswet 1912 ter uitvoering van de Richtlijn (MvT TK II, 28 482, nr. 3, p. 52-53):**

[...]

*Artikel 18a*

*Artikel 5, derde lid, sub i, van de richtlijn maakt een beperking mogelijk terzake van het incidentele verwerken van een werk of ander beschermd materiaal in ander materiaal. Deze bepaling is met name opgenomen om tegemoet te komen aan de wensen van bepaalde lidstaten die een voorziening in hun wetgeving hebben terzake van toepassing van het auteursrecht op wat in feite “de minimis-gebruik” is. De commissie heeft voorgesteld deze bepaling over te nemen. Zij heeft er in haar advies op gewezen dat het vooral gaat om gebruik van beeldmateriaal, zoals een filmreportage waarbij terloops een winkelgevel, een reclame-uiting, een auto of een muurschildering in beeld komt.*

*Het advies van de commissie wordt overgenomen in artikel 18a van de Auteurswet 1912. Deze bepaling is een voorbeeld van een geval dat ook door toepassing van de eerder bepleite “fair use” regel gedekt zou kunnen worden. Voorzover het gaat om de toevallige verwerking van dergelijke werken als bijzaak van ondergeschikte betekenis in ander materiaal zou toepassing van het auteursrecht tot ongewenste gevolgen in termen van handhaving, administratieve lasten en belemmeringen van een vrije informatiegaring en -verspreiding leiden. Waar het gebruik weliswaar op zichzelf van bescheiden omvang is maar wel beoogd en bewust en daarmee niet toevallig plaatsvindt, met het oogmerk van integratie in en vergroting van de waarde van een nieuw werk, bijvoorbeeld het verwerken van bepaalde, weloverwogen gekozen geluidsfragmenten in een nieuw muziekwerk, is de beperking echter niet van toepassing.*

[...]

**Nota naar aanleiding van het Verslag (MvT TK II, 28 482, nr. 5, p. 37-38):**

[...]



De leden van de fracties van CDA, D66 en SGP hebben voorgesteld in artikel 18a (de verwerking van ondergeschikte betekenis) overeenkomstig artikel 5, derde lid, onderdeel i, van de richtlijn, waarop de beperking is gebaseerd, de voorwaarde op te nemen dat de verwerking incidenteel dient te geschieden.

Dit voorstel neem ik over. Daarmee wordt niet alleen strikter aangesloten bij de bewoordingen van de richtlijn, maar wordt voorts verduidelijkt dat bijvoorbeeld een filmopname van een straatbeeld met reclameborden is toegestaan. Het gaat namelijk om een incidentele verwerking van een werk van letterkunde, wetenschap of kunst als onderdeel van ondergeschikte betekenis in een ander werk van letterkunde, wetenschap of kunst. De term incidentele verwerking kan zowel betrekking hebben op het toevallig gebruiken van een werk alsmede op het zo-nu-en-dan gebruiken van een werk. Bepalend voor de geoorloofdeheid van een incidentele verwerking is of het gebruik een onderdeel van ondergeschikte betekenis is. Bij de beantwoording van de vraag of het gebruik een onderdeel van ondergeschikte betekenis is, spelen niet alleen kwantitatieve, maar ook kwalitatieve aspecten een rol. Naarmate het gebruik minder toevallig, dus meer bewust plaatsvindt, mogen daaraan strengere eisen worden gesteld. Het gebruik van bepaalde, weloverwogen gekozen geluidsfragmenten in een nieuw muziekwerk (sampling), hoewel van bescheiden omvang, zal niet zijn toegestaan gelet op het feit dat het gebruik plaatsvindt met het oogmerk van integratie in en vergroting van de waarde van het nieuwe muziekwerk. In kwalitatieve zin is er namelijk geen sprake van een verwerking van ondergeschikte betekenis.

[...]

**Verslag van de algemene beraadslaging van de Tweede Kamer inzake het wetsvoorstel Aanpassing van de Auteurswet 1912 ter uitvoering van de Richtlijn (Handelingen TK 2003-2004, 3335):**

[...]

**Minister Donner:**

[...]

In zijn amendement op stuk nr. 10 stelt de heer Jan de Vries voor om in artikel 18a de incidentele verwerking te vervangen door niet opzettelijke verwerking. Ik heb daar bezwaar tegen. Ik geef de voorkeur aan de term "incidenteel" omdat deze ook in de richtlijn wordt gebruikt. Vervanging door "niet opzettelijk" leidt er bovendien toe dat het auteursrecht onnodig wordt opgerekt en het gebruik van beschermd materiaal onnodig wordt beknot. Ik geef een voorbeeld. Wanneer een speelfilm op het Leidseplein in Amsterdam wordt opgenomen, komen de auteursrechtelijke reclame-uitingen op billboards en beschermde terrasstoelen onvermijdelijk in beeld. Dit gebeurt echter niet opzettelijk. Men had de camera ook anders kunnen instellen. Het Leidseplein is bovendien niet voor niets gekozen als locatie voor de speelfilm. Aanvaarding van het amendement zou in dit voorbeeld betekenen dat de filmmakers eerst toestemming moeten vragen aan alle makers van de reclame-uitingen en terrasstoelen. Dit heeft ongewenste gevolgen in termen van handhaving, administratieve lasten en belemmering van de vrije informatiegaring en -verspreiding. De richtlijn biedt ruimte om onder incidentele verwerking van beschermd materiaal mede te begrijpen het bewust zo nu en dan gebruiken van beschermd materiaal, zolang dat gebruik van ondergeschikte betekenis is. Die ruimte kan benut worden door zoveel mogelijk aan te sluiten bij de terminologie van de richtlijn. In Duitsland en Engeland heeft men dit ook gedaan.

[...]

4.17. Gelet op de bovenstaande citaten is voor de beoordeling van de vraag of bij gebruik van een werk in een ander werk sprake is van 'incidenteel gebruik' in de zin van artikel 18a Aw bepalend of

dat gebruik 'van ondergeschikte betekenis' is. Deze ondergeschiktheid moet worden beoordeeld naar de omvang (in kwantitatieve zin) en het gebruik (in kwalitatieve zin) van zowel het gebruikte werk als het werk waarin het gebruikt wordt, afgezet tegen alle omstandigheden van het desbetreffende gebruik. Ook bewust gebruik kan daar in beginsel onder vallen, zolang dat gebruik maar van 'ondergeschikte betekenis' is. Wanneer dat gebruik echter minder toevallig, dus meer bewust plaatsvindt, mogen daaraan strengere eisen worden gesteld.

4.18. Voor wat betreft bedoelde kwantitatieve zin heeft 2Houses gesteld dat het fragment van de film waarin een deel van het muziknummer wordt gebruikt slechts 3 seconden duurt, zijnde 1,5% van het hele het muziknummer en 0,044% van de totale vertoningsduur van de speelfilm. Daartegenover heeft Stemra gesteld dat het fragment 5 (in plaats van 3) seconden duurt en dat de eerste tekstregel van het gekozen fragment in 7 van de 8 coupletten van het muziknummer voorkomt en de tweede regel in alle 8 (twee keer). Gelet op de korte duur van het gebruik van het muziknummer in de film, en gelet op het feit dat slechts een paar woorden uit het muziknummer worden gebruikt, stelt de rechtbank vast dat dit gebruik in kwantitatieve zin van ondergeschikte betekenis is. Naar het oordeel van de rechtbank is het gebruik van het onderhavige fragment in kwalitatieve zin echter niet van ondergeschikte betekenis. Het volgende is daarvoor redengevend.

4.19. Tussen partijen is niet in geschil dat het fragment waarin (een deel van) het muziknummer ten gehore wordt gebracht is 'gescript'. Het betreft derhalve een zeer bewuste keuze van de scriptschrijvers van de speelfilm om dit specifieke (onderdeel van het) muziknummer te gebruiken. De keuze voor dit muziknummer – gezongen door één van de hoofdrolspelers, die in de desbetreffende scène nogal prominent in beeld is – draagt bovendien sterk bij aan één van de verhaallijnen van de speelfilm (twee van de hoofdrolspelers vinden elkaar in hun voorliefde voor Franse chansons). In dit verband is mede van belang dat het in de speelfilm gezongen fragment een zeer herkenbaar en vele malen herhaald onderdeel is van het muziknummer. Daar komt bij dat het bewuste fragment niet alleen in de speelfilm zelf, maar ook als onderdeel van de 'trailer' daarvan is opgenomen. Van algemene bekendheid mag worden geacht dat een trailer van een speelfilm in het algemeen bedoeld is om een zo groot mogelijk publiek in de film te interesseren. Om dat effect te bewerkstelligen, zullen in een trailer van een film doorgaans met name die fragmenten zijn opgenomen die (kunnen) leiden tot een zo groot mogelijke afzetmarkt voor de desbetreffende speelfilm. Anders dan 2Houses is de rechtbank dan ook van oordeel dat het gebruik van het muziknummer de waarde van de speelfilm vergroot, waarmee tevens het commercieel belang van 2Houses bij dat gebruik gegeven is. Hoewel in de parlementaire geschiedenis wat dit betreft louter wordt gesproken van "het gebruik van bepaalde, weloverwogen gekozen geluidsfragmenten in een nieuw muziekwerk", is de rechtbank van oordeel dat de wetgever hiermee slechts heeft bedoeld een (niet limitatief) voorbeeld te geven van gevallen waarin gebruik van een werk in een ander werk – hoewel van bescheiden omvang – niet is toegestaan. Ook in het onderhavige geval vindt het gebruik van het muziknummer in de speelfilm immers plaats 'met het oogmerk van integratie in en vergroting van de waarde van het nieuwe werk'. Daarmee is geen sprake (meer) van een verwerking van ondergeschikte betekenis.

4.20. Met haar argument dat het door haar gekozen muziknummer volledig 'inwisselbaar' is voor ieder ander Frans chanson, of – als de keuze zou zijn gemaakt om de hoofdrolspelers van Duitse Schlagermuziek te laten houden – een willekeurig lied van Danny Christian, miskent 2Houses dat zij in dat geval evenzeer een bewuste en niet toevallige keuze zou hebben gemaakt 'met het oogmerk van integratie in en vergroting van de waarde van het nieuwe [film]werk', in welk geval de exceptie evenmin van toepassing zou zijn en zij eveneens toestemming van de rechthebbers zou hebben moeten verkrijgen, voor welke toestem-

ming zij in dat geval ook een vergoeding aan Stemra zou hebben moeten betalen.

4.21. Naar het oordeel van de rechtbank valt het gebruik van muziekwerken in filmwerken – anders dan 2Houses heeft betoogd – bovendien onder de ‘normale exploitatie’ van de werken van rechthebbenden van (zowel muziek- als film)werken. Immers, filmmakers en producenten dienen in beginsel voor gebruik van rechtendragende (muziek)werken te contracteren met Stemra en te betalen voor dat gebruik. Slechts indien sprake is van gebruik dat valt onder één van de door de Nederlandse wetgever in de Auteurswet opgenomen excepties op het auteursrecht van de maker, of indien de gebruiker van een werk daarvoor uitdrukkelijke toestemming van de rechthebbende heeft, kan dat anders zijn. Dit in tegenstelling tot het incidenteel gebruik in een film van bijvoorbeeld een populair kledingstuk of bekend type auto, waarbij de normale exploitatie van een en ander niet is gelegen in het tonen c.q. ten gehore brengen van die werken, maar in de verkoop ervan.

4.22. Van strijd met artikel 10 van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) – op welke grondslag 2Houses haar vordering subsidiair baseert – is evenmin sprake. Weliswaar heeft een ieder op grond van dat verdragsartikel recht op vrijheid van meningsuiting, maar deze vrijheid is naar het oordeel van de rechtbank in casu niet in het geding. Het recht omvat de vrijheid een mening te koesteren en de vrijheid om inlichtingen of denkbeelden te ontvangen of te verstrekken, zonder inmenging van enig openbaar gezag en ongeacht grenzen, maar blijkens het tweede lid van artikel 10 EVRM kan de uitoefening van deze vrijheden worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, die bij de wet zijn voorzien en die in een democratische samenleving noodzakelijk zijn in het belang van – onder meer – de bescherming van de rechten van anderen. Zo het gebruik van het muzieknummer al als een vorm van meningsuiting moet worden aangemerkt, bestaat de enige beperking op de uitoefening van de vrijheid van meningsuiting van 2Houses om het fragment in de speelfilm op te nemen, uit een door de rechthebbenden op het muzieknummer aan het gebruik daarvan verbonden voorwaarde van betaling van een vergoeding (via Stemra) aan die rechthebbenden. Deze beperking is niet strijdig met artikel 10 EVRM en belet 2Houses niet onredelijk in haar vrijheid tot het uiten van haar (al dan niet artistieke) mening. Van een dringende noodzaak om het muzieknummer zónder die auteursrechtelijke vergoeding te verwerken in de speelfilm is niet gebleken.

4.23. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat het gebruik van dit fragment van het muzieknummer in deze speelfilm geen ‘incidentele verwerking’ in de zin van artikel 18 Aw inhoudt en handhaving van het auteursrecht van genoemd fragment geen inbreuk op artikel 10 EVRM oplevert, zodat de gevorderde verklaring voor recht niet voor toewijzing in aanmerking komt.

4.24. 2Houses zal als de in het ongelijk te stellen partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van Stemra worden, overeenkomstig het door haar met 2Houses overeengekomen tarief, begroot op:

– griffierecht	€	589,-
– salaris advocaat	€	8.000,-
Totaal	€	8.589,-

## 5 De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt 2Houses in de proceskosten, aan de zijde van Stemra tot op heden begroot op € 8.589,-.

## Noot

D.J.G. Visser

Prof. mr. D.J.G. Visser is hoogleraar aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam.

In de speelfilm ‘Verliefd op Ibiza’ komt een zeer kort fragment voor van het lied ‘La ballade des Gens Heureux’, gezongen door een van de hoofdrolspelers van de speelfilm. De producent weigert daarvoor aan Stemra een vergoeding (van aanvankelijk € 2.500,-, later verlaagd tot € 1.000,-) te betalen. De producent beroept zich op de beperking ten gunste van de ‘incidentele verwerking’ opgenomen in artikel 18a Auteurswet en artikel 5 lid 3 sub i Auteursrechtlijn. De producent vordert een verklaring voor recht van niet-inbreuk. De rechtbank wijst de vordering af.

Over de beperking ten gunste van de ‘incidentele verwerking’ wordt niet vaak geprocedeerd.<sup>1</sup> Dat is logisch, het is immers een *de minimis* beperking en *de minimis* zaken worden naar hun aard meestal geschikt, zeker in tijden van volledige proceskostenveroordeeling.

Dit vonnis roept een aantal interessante vragen op, van principiële en van praktische aard.

- 1 Is het begrip ‘incidentele verwerking’, zoals opgenomen in artikel 18a Auteurswet en artikel 5 lid 3 sub i Auteursrechtlijn, een autonoom unierechtelijk begrip?
- 2 Zo ja, betekent dit dat lidstaten de beperking niet kunnen beperken door er de voorwaarde van ‘ondergeschikte betekenis’ aan toe te voegen?
- 3 Betekent ‘incidenteel’ in ‘incidentele verwerking’ dat er niet opzettelijk is verwerkt of dat het slechts af en toe gebeurt en/of dat het gaat om een (zeer) korte verwerking van ondergeschikte betekenis?
- 4 Hoe dient het incidentele karakter van de verwerking en de ondergeschiktheid in de praktijk te worden vastgesteld?
- 5 Wat is de rol van de driestappentoets?
- 6 Hoe werkt het in de praktijk?

Is ‘incidentele verwerking’ een autonoom unierechtelijk begrip? De rechtbank overweegt eerst dat er in de recente rechtspraak van het HvJ EU sterke aanwijzingen te vinden zijn dat (ook) de facultatieve beperkingen in de Auteursrechtlijn in de gehele Europese Unie autonoom en uniform moeten worden uitgelegd (zie r.o. 4.11-4.13). De rechtbank komt vervolgens echter tot het oordeel dat ‘incidentele verwerking’ geen autonoom unierechtelijk begrip is (zie r.o. 4.15). Hij baseert zich hierbij blijkens overwegingen 4.14 en 4.15 hoofdzakelijk, zo niet uitsluitend op een IViR-rapport uit 2007 en op een Working Document van de Europese Commissie eveneens uit 2007. In het IViR-rapport wordt gesteld dat het onwaarschijnlijk is dat de beperking ten gunste van de ‘incidentele verwerking’ relevant is voor de werking van de interne markt.

1 Incidentele verwerking werd wel aangenomen bij een grafitiwall in de Amsterdamse Arena in een computerspel door Rb. Arnhem 21 september 2005, AMI 2005, p. 204 (Tellegen/Codemasters) en bij het gebruik van foto's bij de verkoop van enkele fotolijstjes door Rb. Amsterdam 18 december 2013, IEPT20131218 (Masterfile/ABC Cadeau). Incidentele verwerking werd niet aangenomen in Rb. Den Haag 20 maart 2002, AMI 2002, p. 156 (Hartendieff/Zee-man; muziekspeler

te in commercial), Hof Arnhem 20 januari 2009, ECLI:NL:GARN:2009:BH4145 (Typisch Enschede/Beeldrecht; gele bank tien weken prominent in huis-aan-huisblad), Rb. Amsterdam 28 januari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH5886 (A/Civas; vragenlijst structureel in cursusmateriaal) en recent in Rb. Noord-Nederland 18 november 2014 ECLI:NL:RBNNE:2014:6095 (Gebruik Wilders-cartoon in videoclip).



Scene in de trailer van de film *Verliefd op Ibiza*, waarin één van de hoofdpersonages, Jim Bakkum (rechts) gedurende drie seconden zingt: 'La ballade des Gens [...]'. In de film duurt het fragment vijf seconden. Bron: YouTube

In het Working Document wordt de beperking voor de incidentele verwerking niet genoemd bij de behandeling van beperkingen die de grootste impact zullen hebben op de ontwikkeling van de digitale markt.

De rechtbank is van oordeel dat een eigen nationale uitleg 'niet zou indruisen tegen het doel van de richtlijn'. Zonder nadere motivering, die ontbreekt, overtuigt het oordeel van de rechtbank niet. Sinds het *Infopaq*-arrest uit 2009<sup>2</sup> lijkt het HvJ EU van oordeel dat elk begrip dat in de Auteursrechtlijn voorkomt een autonoom unierechtelijk begrip is. Dat geldt ook voor de facultatieve beperkingen, zoals de rechtbank zelf heeft onderkend. Al deze rechtspraak dateert van ná 2007 en na de twee, overigens, met alle respect, volledig 'status-loze' documenten van het IViR en de Commissie.

Het HvJ EU heeft inmiddels ten aanzien van de beperkingen ten gunste van thuiskopiëren, reprografisch kopiëren, vastlegging ten behoeve van uitzending en ten aanzien van de parodie-exceptie duidelijk gemaakt dat het om unierechtelijke begrippen gaat die autonoom Europees moeten worden uitgelegd. Het Hof zegt daarover, zoals de rechtbank zelf vermeldt, 'dat het de lidstaten vrij staat om de verschillende uitzonderingen waarin artikel 5 van de Richtlijn voorziet al dan niet in te voeren, maar dat de lidstaten, wanneer zij eenmaal hebben besloten een bepaalde uitzondering in te stellen, deze coherent dienen toe te passen, zodat die uitzondering geen afbreuk doet aan de met de Richtlijn nagestreefde doelstellingen, bestaande in het verzekeren van de goede werking van de interne markt'. De rechtbank onderkent ook 'dat een uitleg volgens welke het de lidstaten die de in het [Deckmyn] arrest<sup>3</sup> aan de orde zijnde [Parodie] beperking hebben ingevoerd, vrij zou staan om de parameters ervan op een niet-geharmoniseerde en mogelijkerwijze van lidstaat tot lidstaat verschillende wijze nader in te vullen, zou indruisen tegen het doel van de Richtlijn' (r.o. 4.11).<sup>4</sup>

Dit geldt naar mijn overtuiging evenzeer voor de beperking ten gunste van de incidentele verwerking. Als een filmproducent in de ene lidstaat geen toestemming nodig heeft om een zeer kort muziekfragment 'incidenteel' te verwerken en in het andere land wel, dan kan de film in kwestie 'bij de grens worden tegengehouden'. Daarmee wordt de goede werking van de interne markt zeker geraakt, los van de ongelijke behandeling die rechthebbenden in

dat geval per land ten deel valt. (Dat is zelfs aanzienlijk reëler dan bij de Nieuwjaarskalender van de heer Deckmyn van het Vlaams Belang te Gent waarin de Suske & Wiske-parodie was opgenomen.)

Naar mijn overtuiging is de kans groot dat het Hof van Justitie desgevraagd zal oordelen dat 'incidentele verwerking' weldegelijk een autonoom unierechtelijk begrip is.

Er is natuurlijk best iets voor te zeggen dat als een lidstaat een facultatieve beperking implementeert, het hem vrij zou moeten staan om ook een *beperkte* beperking in te voeren dan de Auteursrechtlijn toestaat. Uiteraard zou dat de interne markt belemmeren, maar niet meer dan het feit dat sommige lidstaten de beperking helemaal niet invoeren. Dat mag natuurlijk ook, het is nu eenmaal een facultatieve beperking. Volgens mij is de vraag naar de toelaatbaarheid van 'beperkte (facultatieve) beperkingen' nog niet in algemene zin door het Hof EU beantwoord. Deze vraag is voor Nederland bijvoorbeeld heel interessant voor de in artikel 5 lid 3 sub a Auteursrechtlijn opgenomen beperking ten gunste van gebruik voor onderwijsdoeleinden. Het heeft er alle schijn van dat Nederland die beperking aanzienlijk ruimer zou kunnen implementeren.

De toelaatbaarheid van beperkte beperkingen zou ook van belang kunnen zijn voor de vraag of de beperking tot gevallen van 'ondergeschikte betekenis' die in artikel 18a Aw is opgenomen, toelaatbaar is. Maar volgens mij hoeft die kwestie in dit geval niet te worden opgelost. Volgens mij heeft de Nederlandse regering namelijk helemaal geen beperkte beperking willen invoeren dan de richtlijn toestaat. De minister heeft herhaaldelijk gezegd dat men zoveel mogelijk wenst aan te sluiten bij de terminologie van de richtlijn (zie de fragmenten geciteerd in r.o. 4.16). Dit is een overduidelijk geval waar de wetgever niets anders lijkt te hebben beoogd dan het getrouw implementeren van de Auteursrechtlijn. Aanzienlijk duidelijker dan in de gevallen van het (niet) afschaffen van de geschriftenbescherming en het (niet) toestaan van privé-kopiëren van illegale bron.<sup>5</sup> 'Incidentele verwerking' is dus waarschijnlijk wel een autonoom unierechtelijk begrip en de Nederlandse regering heeft het *niet* willen beperken. Dat betekent eigenlijk dat het er helemaal niets toe doet wat de regering ten tijde van de implementatie heeft verkondigd over de betekenis ervan. Dat weten we uit de arresten van de Hoge Raad over het vanuit Duitsland versturen van blanco dragers,<sup>6</sup> het privé-kopiëren uit illegale bron<sup>7</sup> en het niet afschaffen van de geschriftenbescherming.<sup>8</sup> De Nederlandse wetgever zegt tijdens de parlementaire behandeling zeer nadrukkelijk: 'wit'. Het Hof EU zegt vervolgens precies het tegenovergestelde: 'zwart'. En vervolgens is de Hoge Raad van mening dat de Nederlandse wetgever met 'wit' eigenlijk altijd 'zwart' bedoelde. Immers: 'uit de totstandkomingsgeschiedenis van de [...] implementatiewet blijkt niet dat de Nederlandse wetgever iets anders voor ogen heeft gestaan dan het getrouw omzetten van de Auteursrechtlijn'.<sup>9</sup>

Dan komen we bij de vraag: betekent 'incidenteel' in 'incidentele verwerking' dat er niet opzettelijk is verwerkt of dat het slechts af en toe gebeurt en/of dat het gaat om een (zeer) korte verwerking van ondergeschikte betekenis?

Dat is een reële vraag die door de Nederlandse wetgever tijdens de parlementaire behandeling wel is beantwoord, maar dat antwoord

<sup>2</sup> HvJ EU 16 juli 2009, C-5/08, AMI 2009/5, nr. 20 m.nt. K.J. Koelman (*Infopaq I*).  
<sup>3</sup> HvJ EU 3 september 2014, C-201/13, AMI 2014/6, nr. 16 m.nt. K.J. Koelman (*Deckmyn/Vandersteen*).  
<sup>4</sup> Zie ook: HvJ EU 24 april 2012, C-510/10, ECLI:EU:C:2012:244 (DR TV2 Danmark/NCB), r.o. 36.  
<sup>5</sup> HR 17 januari 2014, AMI 2014/3, nr. 8 m.nt. E. Schmieman (*Ryanair/PR Aviation*) en HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (*ACI Adam/Thuis kopie*).

<sup>6</sup> HR 22 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6320 (*Thuis kopie/Opus*).  
<sup>7</sup> HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (*ACI Adam/Thuis kopie*).  
<sup>8</sup> HR 17 januari 2014, AMI 2014/3, nr. 8 m.nt. E. Schmieman (*Ryanair/PR Aviation*).  
<sup>9</sup> HR 21 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW5879 (*ACI Adam/Thuis kopie*), r.o. 5.1.3. Zie ook HR 17 januari 2014, AMI 2014/3, nr. 8 m.nt. E. Schmieman (*Ryanair/PR Aviation*), r.o. 3.5.1.

is dus betekenisloos, omdat de Nederlandse wetgever daarover nu eenmaal niets te zeggen heeft als het inderdaad een autonoom unierechtelijk begrip is.

Het is een relevante vraag. De bepaling is geen *acte clair* en ook geen *acte éclairé*. Dus vermoedelijk zal er vroeg of laat een vraag van uitleg over worden gesteld. De Rechtbank Noord-Holland vond dat in dit geval niet nodig en is daartoe als laagste feitenrechter ook niet verplicht.

De (m.i. ruime) 'Nederlandse' leer is dat incidentele verwerking ook opzettelijke verwerking van ondergeschikte betekenis kan omvatten. De rechtbank is van mening dat de verwerking opzettelijk was (dat is onmiskenbaar het geval) en dat deze *kwantitatief* wél, maar *kwalitatief* niet ondergeschikt was. Dit omdat het 'gescript' was (onderdeel van het script was) en sterk bijdraagt aan één van de verhaallijnen van de film en omdat het ook nog eens in de 'trailer' van de film voorkomt en dus bijdraagt aan de waarde van de speelfilm, waarmee het commerciële belang gegeven is (zie r.o. 4.18-4.21).

Deze redenering van de rechtbank is goed te volgen. Het is goed voorstelbaar dat de uitleg die de Nederlandse wetgever tijdens de parlementaire behandeling voorstond de juiste is en dat de rechtbank die vervolgens in dit geval juist heeft toegepast. Ik acht de kans niet groot dat het Hof van Justitie een (nog) ruimere interpretatie zou voorstaan dan de Nederlandse, waardoor de filmproducent ook geen belang had bij het stellen van vragen van uitleg. Het lijkt mij zeer onwaarschijnlijk dat het HvJ EU van oordeel zou zijn dat louter kwantitatieve ondergeschiktheid voldoende zou zijn om van een toelaatbare incidentele verwerking te spreken.

Het is niet eenvoudig om het incidentele karakter en de (kwalitatieve) ondergeschiktheid vast te stellen. In ieder geval moet goed gekeken worden naar de volledige context. Als een werk echt niet opzettelijk (per ongeluk) in beeld komt of te horen is in de vorm van echt toevallig achtergrondbeeld of achtergrondgeluid staat daarmee naar mijn mening het incidentele karakter en de (kwalitatieve) ondergeschiktheid wel vast. In een film gebeurt echter

heel zelden iets per ongeluk. De vraag of een zeer korte verwerking echt van invloed is op de 'waarde' van het werk waarin wordt opgenomen is vaak nogal subjectief.

Als men de driestappentoets en de normale exploitatie erbij haalt, dan is het 'normaal' dat voor vrijwel alle muziek in films wordt betaald. Er wordt zelfs (tenminste) twee keer voor betaald, één keer voor de vastlegging en (minstens) één keer voor de openbaarmaking. Dan kan men wel de vraag stellen hoe 'normaal' twee keer betalen eigenlijk is. Het is evenwel nog steeds gebruikelijk.

In de praktijk worden alle muziekfragmenten van enige omvang die in een film worden verwerkt vermeld op een zogenaamde *cue sheet*. Daarvoor wordt vervolgens betaald, aan Stemra voor de vastlegging en ten tijde van de openbaarmaking aan Buma (door de bioscopen, omroepen, kabels, zorginstellingen en video-ondemand aanbieders).

Het litigieuze geluidsfragment stond echter niet vermeld op de *cue sheet* van de film. Dat gold overigens voor meer zeer korte muziekfragmenten in dezelfde film, waarvoor Stemra (tot nu toe) niet heeft geclaimd. Stemra kan het natuurlijk eigenlijk niet zo veel schelen als bepaalde zeer korte fragmentjes niet worden gemeld en er niet voor wordt betaald. Zodra er echter een aangesloten muziekuitegever op gaat wijzen dat ergens niet voor betaald is, moet Stemra in actie komen. Dan wordt er een bepaald bedrag gevraagd (in dit geval € 2.500,-) en gaat men zonder problemen vervolgens fors omlaag (naar € 1.000,-). Het sop is al snel de kool niet waard. Maar als er een producent principieel gaat doen en helemaal niet wil betalen, dan moet Stemra principieel terug gaan doen. Vervolgens is het de producent die de rechtszaak begint en zelfs dan vordert Stemra nog niet eens in reconventie de bewuste vergoeding. Stemra voert natuurlijk wel zeer principieel verweer, omdat men zeer beducht is voor precedentwerking. Als een fragment van vijf seconden incidenteel en ondergeschikt blijkt, dan wil straks geen enkele filmproducent meer voor dergelijke fragmenten betalen en stopt hij zijn film 'gratis' vol met dat soort fragmenten. Vervolgens mag Buma dan ook niet meer heffen over dergelijke korte stukjes. Stemra kan dus opgelucht ademen.